auf schon eingelegte Rechtsmittel ein gefährliches Mittel liegt, den Proceß in die Länge zu ziehen, besonders bei Appellationen von Beiurtheilen, weil, wenn es einer Parthei darum zu thun ist, das Verfahren auf der langen Bahn herumzuführen, sie nur gegen jedes Decret ein Rechtsmittel einzulegen, und demnächst wieder darauf zu verzichten braucht, um durch die Appellationsinsinuation Zeit zu gewinnen, und durch die Renunciation sich der Gefahr, die Appellationskosten und Frivolitätsstrafen bezahlen zu müssen, zu entziehen. Diesem Nachtheil läßt sich gleichwohl in einer neuen Gesetzgebung durch eine zweckmäßige Anordnung des Verfahrens über Appellationen gegen Beiurtheile vorbeugen; was aber hier nicht weiter ausgeführt werden kann.

IX.

Beiträge zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Vom

Herrn Regierungsrathe Heerwart in Eisenach. *)

Seit ich im 7. Bande dieser Zeitschrift meine Ansicht über die Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrags dem juristischen Publicum darlegte, sind über diese Lehre zwei Schriften erschienen:

Jul. Volkmann de exc. non adimpleti contractus. Lips. 1829.

A. Lange über die Einrede des nicht erfüllten Contracts. Regensb. 1829.

*) Als Nachtrag zu dem Aufsatze Nro. 18. in diesem Archiv VII. Bd.

Der Verfasser der ersten Schrift ist im Ganzen der von mir aufgestellten Meinung beigetreten, und weicht nur in wenigen nicht gerade sehr wesentlichen Puncten von mir ab. Er will nämlich diese Einrede auch bei den Realcontracten, und bei solchen Verträgen Platz greifen lassen, wo von dem einen Contrahenten dem andern eine ihm zum Gebrauch überlassene Sache wieder abgefordert wird [1]), in welchen beiden Fällen ich deren Statthaftigkeit geläugnet habe.

In Ansehung der Realcontracte bin ich zum Theil mißverstanden worden. Ich habe nämlich [2]) nichts weiter behaupten wollen und behauptet, als daß bei denselben, wenn Zurückgabe der hingegebenen Sache verlangt wird, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht in der Weise vorkommen könne, daß der Beklagte damit die vorausgehende Hingabe verlange, weil durch diese Hingabe erst der Vertrag perfect wird, ohne sie eine Rückgabe ganz unmöglich ist und dieselbe daher wesentlich zum Klaggrund gehört, daher nothwendig in der Klage mit stehen muß. Von einer Einrede des nicht erfüllten Vertrags kann daher in dieser Beziehung keine Rede seyn. Ich habe damit nicht schlechthin läugnen wollen, daß bei Realverträgen die Zurückgabe der Sache unter Umständen verweigert werden könne, bis der Kläger gewisse Obliegenheiten erfüllt habe. Ich gebe daher alle von Volkmann dafür angeführten Beispiele als richtig zu, aber ich läugne dabei entweder, daß ein reiner Realvertrag vorliege, oder daß man den Grund der Weigerung mit Recht die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nennen könne. Denn wenn ein Darleiher gewisse Münzsorten, und dafür der Empfänger höhere Zinsen verspricht, so entspringt die Verbindlichkeit des ersten wie des letzten nicht aus dem mutuum, welches seiner Natur nach unverzinslich ist (l. 3. C. de usur.), sondern aus dem besondern Nebenvertrag, und wenn mehrere

1) Die angef. Dissert. §. 3.
2) Arch. a. O. S. 338.

Deponenten bedingen, daß die Sache dem zurückgegeben werden soll, welcher einen gewissen Beweis liefert, so hat der, welcher das Depositum verlangt, überhaupt gar keine positive Verbindlichkeit, sondern sein Recht ist nur an eine Bedingung geknüpft. Und wenn der auf Ersatz von Aufwand mit der actio contraria belangte Commodant wegen schuldvoller Beschädigung der geliehenen Sache eine Ersatzforderung geltend macht, wenn der Commodatar auf Rückgabe belangt, excipirt, daß die Zeit, auf welche ihm die Sache geliehen worden, noch nicht abgelaufen sey, so bedient sich jener der exc. compensationis, dieser der exc. pacti conventi. Will man diese Rechtsbehelfe mit unter dem Ausdruck exc. non adimpl. contr. begreifen, so ist das für die Sache selbst gleichgültig, denn auf den Namen kann nichts ankommen.

Wichtiger ist hingegen die Frage, ob bei Consensualverträgen, bei welchen unter andern auch die Zurückgabe einer hingegebenen Sache unter die Verbindlichkeiten eines der Contrahenten gehört, der letzte die Rückgabe verweigern könne, wenn der andere Nebenverbindlichkeiten unerfüllt gelassen hat. Zuvörderst ist nun nicht in Abrede zu stellen, daß bei diesen Verträgen unter den gesetzlichen Erfordernissen ein Retentionsrecht statt findet. Das folgt aus der von Volkmann angeführten

L 2. de lege Rhodia

und aus der Analogie der Realverträge [3], die man wegen der in dieser Beziehung vorliegenden Gleichheit des Grundes anerkennen muß. Will man in diesen Fällen das Retentionsrecht eine except. non adimpl. contr. nennen, so ist das wenigstens nicht von practischem Interesse. Aber daß außerhalb der Gränzen des Retentionsrechts, so z. B. in dem von mir S. 356 angeführten Fall, wo einem Pachter neben Benutzung des Pachtgutes eine Quantität Holz versprochen worden ist, wegen Nichterfüllung dieses Nebenversprechens die Rückgabe

---

3) L. 59. de furtis.

verweigert werden könne, das muß ich so lange bezweifeln, bis eine diese Behauptung unterstützende gesetzliche Bestimmung nachgewiesen wird.

Der Hauptgrund Volkmann's für die entgegengesetzte Behauptung ist die weite Bedeutung des Worts implere, worunter alles fällt, was nach ausdrücklichem Versprechen oder nach gesetzlicher Vorschrift in dem Umfang der Verbindlichkeit eines Contrahenten enthalten ist. Allein er hat übersehen, daß der Ausdruck exceptio non adimpleti contractus lediglich von den Rechtslehrern erfunden ist, und auf Gesetzesworten nicht beruht. Man kann daher aus dem Begriff von implere nichts schließen, und muß sich, wenn man fragt, auf welche Fälle jene Einrede sich erstrecke, lediglich auf die Gesetzesstellen stützen, welche die Quelle derselben sind. Die Gesetze haben aber durchgängig den Fall des Kaufs zum Gegenstand, mithin einen Fall, wo jeder dem andern von dem Seinigen etwas zu geben verspricht, aber keinen Fall, wo die Rückgabe einer in Folge der Vertragserfüllung hingegebenen Sache in Frage steht, welche man doch gewiß keine Gegenleistung nennen kann. Daß beide Fälle wesentlich verschieden sind, liegt am Tage. Denn in dem letztern steht dem Contrahenten, der seine Sache nach Ablauf der verabredeten Gebrauchszeit zurückverlangt, auch das Vindicationsrecht zu, dessen Wirkungen zwar durch ein Retentionsrecht des Beklagten gehemmt werden können, doch nur in den Fällen, wo dieses gesetzlich begründet ist, und das ist es nicht in Ansehung von vertragsmäßigen Gegenforderungen, welche nicht aus gemachtem Aufwand herrühren.

Die Schrift von Lange hat die Widerlegung der von mir aufgestellten Ansicht zum Zweck. Da ich durch seine Ausführung nicht überzeugt worden bin, und die Streitfrage fast täglich im juristischen Leben vorkommt, so wird eine nochmalige Beleuchtung dieser Materie wohl keiner Entschuldigung bedürfen. Der Ideengang und die Gründe von Lange sind kurz folgende:

„Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags sey allerdings eine exceptio im Sinne der Römer. (§. 7. 8.) Aber dieser Ausdruck in seiner ursprünglichsten Bedeutung bezeichne Billigkeitssätze, die durch einen Vorbehalt des Prätors gegen das strenge Recht wirksam geworden, und habe alle Vertheidigungsmittel des Beklagten umfaßt, nicht blos die auf selbstständigen Thatsachen beruhenden wahren Einreden, sondern auch die Rüge der in der Klage zu findenden Mängel (S. 29.), ja man könne sogar die negative Litiscontestation darunter begreifen. (S. 22.) Dies sey nun im heutigen Recht anders. Eine mangelhafte Klage verwerfe der Richter sofort, und der Beklagte habe nur entweder den Klaggrund zu läugnen oder wahre Einreden auf selbstständige Thatsachen zu gründen. Der Character der Selbstständigkeit aber fehle der mehrerwähnten Einrede gänzlich. (S. 29. 30.) Das von dem **Retentionsrecht** entnommene Argument schlage nicht an. (S. 32. 33.) Denn wenn auch in einigen Gesetzstellen bei der exc. n. ad. c. das Wort retinere vorkomme, so bedeute doch dieser Ausdruck eben weiter nichts, als das Beharren in einem factischen Zustand, gleichviel aus welchem Grunde.

Die Rechtslehrer stellten zwar einen von diesem einfachen Sinn verschiedenen technischen Begriff vom Retentionsrecht auf, nach welchem wenigstens folgeweise das Daseyn einer actio nata auf Seiten des Gegners, ein wesentliches Merkmal des Retentionsrechtes sey, allein auf Gesetze gründe sich dieser Begriff nicht. (S. 32 — 39.) Man könne auch von retinere reden, wo der Beklagte ganz einfach das Vorhandenseyn eines Klaggrundes läugne. (S. 42.) Nach heutigen Rechtsansichten aber könne nur dasjenige Retentionsrecht, was sich auf einen von den zur Begründung der Klage gehörigen Thatsachen verschiedenen Umstand stütze, eine exceptio seyn. So oft daher der Beklagte eine Aeußerung mache, deren Inhalt die Behauptung ist, eine actio sey gar nicht vorhanden, sey auch keine exceptio da. Darum sey das Retentionsrecht ob non impletum contractum, mit dem Retentionsrecht gegen den

Vindicanten wegen gemachter Auslagen gar nicht zu vergleichen. Der Unterschied zwischen strengem Recht und Billigkeit sey weggefallen, die Billigkeit sey jetzt zum strengen Recht geworden, und fehlten Merkmale, welche Billigkeit noch zur Begründung der Thatsache fordere, so sey die Rüge dieses Mangels keine Exception nach unserm Sinne.

Die vorgängige Erfüllung von Seiten des die Gegenleistung verlangenden Contrahenten sey eine gesetzliche Bedingung des Klagrechts. Gesetzliche Bedingungen aber seyen nicht als wahre Bedingungen zu behandeln, eben weil die sie begründenden facta nicht selbstständige, sondern vielmehr Merkmale des Klagrechts seyen. (S. 45 — 46.) Theil des Klaggrundes und nothwendige Bedingung jeder Klage sey die Angabe einer Rechtsverletzung. Diese beginne erst mit der mora, mora aber entstehe bei zweiseitigen Consensual-Verträgen erst mit der Leistung des andern Contrahenten. (S. 49 — 52.) Die Verwechselung dieser zur gerichtlichen Realisirung des Rechts nothwendigen Voraussetzung mit der Klagbarkeit des Vertrags an sich sey es, welche mich zu dem falschen Resultat geführt habe. (S. 53 — 57.)"

So weit Lange. Ich werde diesen Behauptungen Schritt vor Schritt folgen und hoffe zu zeigen, daß sie theils ungegründet sind, theils meine Ansicht nicht umzustürzen vermögen.

I. Ich läugne, daß die Römer unter dem Ausdruck exceptio alle und jede Vertheidigungsmittel des Beklagten begriffen haben. Sehen wir zuvörderst auf den einfachen grammatischen Sinn des Wortes exceptio, so führt er auf den Begriff von Ausnahme, jede Ausnahme aber setzt eine Regel voraus, enthält also schon durch sich selbst das Anerkenntniß, daß abgesehen von dem Ausnahmefall die Regel bestehe, was angewendet auf unsern Fall, nichts anders heißt, als daß der Anspruch des Klägers an sich zu Recht begründet sey. Hiermit stimmt auch die Form genau überein, in der

wir die Exceptionen vorgetragen finden, nämlich das extra quam, nisi, sinon.[4]. Wie wäre es hiernach möglich, das einfache Abläugnen des Klaggrundes unter der exceptio mit zu begreifen? Aus der in L. 22. de except. aufgestellten Definition wird das nicht gerechtfertigt. Nicht zu erwähnen, daß bekanntlich die Aufstellung scharfer logisch richtiger Definitionen nicht eben die starke Seite der Römischen Juristen ist, so paßt doch eines Theils der in L. 22. gegebene Begriff vollkommen zu der oben angegebenen Eigenschaft, andern Theils zu der Form, in welcher die Exceptionen im alt-römischen Proceß berücksichtigt wurden, nämlich zu der Form der **bedingten** Verurtheilung. Omnis exceptio ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem, id est ne aliter judex eum, cum quo agitur condemnet, quam si nihil in ea re dolo actoris factum sit.[5])

Wie treffend erscheint es daher, wenn Paulus in der L. 22. cit. die exceptio eine *conditio* nennt, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem?

Zugleich ergibt sich daraus, daß die Römer weder das Läugnen des factischen, noch die Rüge der Mängel des rechtlichen Klaggrundes unter exceptio mit begriffen haben konnten, denn unmöglich konnte der Prätor den judex so anweisen:

> Wenn sich ergibt, daß A dem B aus einem Darlehen 100 solidos schuldig geworden, so verurtheile ihn, ausgenommen den Fall, daß A von dem B kein Darlehn bekommen hat, oder ihm nichts schuldig geworden ist.

Er konnte unmöglich actionem dare, wenn nicht nach seiner

---

4) L. 22. §. 2. quod vi. L. 25. de act. emti. L. 10. de pign. L. 15. de oblig. Gajus IV. 119. und unzählige andere Stellen. Dieselbe Ansicht entwickelt auch Donellus comm. j. c. L. XXII. c. 1.

5) Gajus IV. 119.

Ueberzeugung aus den vom Kläger vorgetragenen Thatsachen eine actio zu begründen war, er konnte keine Formel abfassen, die der judex am Ende als unzureichend zur Verurtheilung hätte erkennen, und darauf hin den Kläger abweisen dürfen, und wenn man nach Cicero [6]) annehmen darf, daß es zu seiner Zeit eine bestimmte abgeschlossene Menge von Klagformeln gab, so konnte wenigstens damals die Rüge eines mangelhaften Klagvortrags nicht einmal gut vorkommen, denn es konnte keine actio angebracht werden, welche nicht zu einer der bestehenden Formeln paßte.

Keine Stelle wird aufzufinden seyn, welche bewiese, daß der Beklagte die Behauptung:

> die vom Kläger vorgetragenen Thatsachen seyen nicht geeignet, die von ihm angestellte Klage rechtlich zu begründen,

in Gestalt einer exceptio vorgetragen, oder daß der Römer das, was der Beklagte in dieser Beziehung sagte, eine exceptio genannt, oder daß der Prätor die Untersuchung dieser Frage in Gestalt einer exceptio der Instruction für den judex einverleibt habe Lange S. 29. findet zwar diesen Beweis darin, daß Exceptionen der inficiatio gegenüber stünden, daß daher, weil die Rüge der Klagmängel keine inficiatio des klägerischen Vorbringens genannt werden könne, sie nothwendig unter die Exceptionen gehört haben müsse. Aber Quintilian Inst. or. lib. 8. prooem. §. 9, auf den er sich beruft, sagt nicht, daß die Abwehrung des klägerischen Angriffs in inficiatio und exceptio zerfalle, sondern

> omnem depulsionem inficiatione duplici, factumne, et an hoc factum esset, praeterea *defensione* et *translatione* constare,

defensio ist aber mit exceptio keinesweges gleichbedeu-

---

6) pro Rosc. c. 8. Heffter Instit. d. Civilproc. S. 81.

tend, sondern umfaßt alle Vertheidigungsmittel des Beklagten [7].

II. Die Römer sollen das Merkmal der Selbstständigkeit bei den Exceptionen in den Hintergrund gestellt, oder vielmehr als ein wesentliches gar nicht anerkannt haben.

Zuvörderst ist zu fragen, was hier unter Selbstständigkeit verstanden werde? Lange S. 29. 30. versteht darunter das Beruhen auf besondern, die Klage aufhebenden Thatumständen, und da muß man zugeben, daß die Römer dies Merkmal als eine wesentliche Voraussetzung der exceptio nirgends mit dürren Worten hervorgehoben haben. Allein müßte man auch jenes Merkmal für ein aus der Natur der Sache fließendes anerkennen, so wird, genau genommen, dasselbe auch bei den Römischen Exceptionen zu finden seyn Man durchgehe die ganze Reihe der im Corpus juris genannten Exceptionen, und man wird zuletzt immer auf eine Thatsache kommen, welche den wahren Grund der Einrede bildet, wenn sie auch in einzelnen Fällen in den Hintergrund tritt, und der herkömmliche Name der exceptio nicht mit deutlichen Worten auf sie hinweis't. Um nur einige Einreden anzuführen, bei welchen diese Thatsache weniger hervortritt, so ist bei der exc. SCti Macedoniani diese Thatsache das Hauskindseyn, bei der exc. SCti Vellejani das weibliche Geschlecht der Beklagten, bei der exc. divisionis das Daseyn mehrerer correorum u. dgl. mehr. Selbst bei der von Lange angeführten exc. non numeratae pecuniae liegt nicht ein bloßes Läugnen zum Grunde, wie sehr es auch den Anschein gewinnt. Man erinnere sich, daß es im altrömischen Proceß keine getrennte Beweisinstanz gab, der Beweis vielmehr gleich mit der übrigen Verhandlung verbunden wurde. [8]) Es war daher nothwendig, daß der Beklagte auch

7) L. 43. pr. d. R. J. Heffter a. O. S. 94. fg. Zimmern Rechtsgesch. Bd. III. §. 91.

8) Heffter Institutionen des Civilproc. S. 283.

die Einreden, welche er gegen die Beweismittel des Gegners hatte, gleich mit vorbrachte. Wenn nun Jemand auf Rückzahlung eines Darlehns belangt wurde, und der Kläger die Zahlung durch des Beklagten Empfangs- und Schuldbekenntniß sofort bewies, so konnte der Beklagte unmöglich damit allein durchkommen, daß er die Zahlung läugnete, weil der Beweis derselben schon vorlag, sondern er mußte einen Grund anführen, und wo nöthig beweisen, warum die Urkunde nicht beweiskräftig sey. Ein solcher Grund war nun auch der, daß das Schuldbekenntniß noch innerhalb fünf (seit Justinian zwei) Jahre rückwärts von Zeit des Streits an ausgestellt worden sey. Denn es ist wohl mit Gewißheit anzunehmen, daß zu gleicher Zeit mit dem Satz von der Beweisunkräftigkeit eines Schuldbekenntnisses auch dessen Beschränkung auf Urkunden von einem gewissen Alter angenommen wurde.

Zwar behauptet Glück [9]), daß die exc. n. n. pec. anfänglich auf keine Zeit beschränkt gewesen sey, und er hat da unstreitig Recht, wenn er darunter die Einrede meint, welche unter dem Namen exceptio doli von demjenigen entgegengesetzt werden konnte, der in der Voraussetzung, er werde noch Geld erhalten, vermittelst einer Stipulation die (Rück-) Zahlung versprochen hatte [10]), welche aber auch vom Excipienten bewiesen werden mußte [11]). Meint er aber die exc. n. n. p., welche der auf ein *chirographum* gegründeten condictio certi ex mutuo entgegengesetzt wurde, und den Beweis der Zahlung auf den Kläger wälzte, so steht nicht allein seine Behauptung, daß sie auf eine Zeit nicht eingeschränkt gewesen sey, ohne allen Beweis da, sondern es läßt sich sogar der Ungrund derselben darthun. Als Beweis

9) Comm. Th. 12. S. 101.
10) L. 2. §. 3. de doli exc. Gajus IV. 116.
11) Maier de vera exc. n. n. pec. indole. Wirceb. 1817. pag. 18.

dafür kann nicht gelten, daß in der L. 1. bis 7. C. de n. n. p., lauter Rescripte von Sept. Severus und Caracalla (Antonin), einer Zeitbeschränkung nicht erwähnt wird, denn in der L. 8. C. eod. von Alexander, der nur 4 Jahre nach des Caracalla Tod zur Regierung kam, wird schon das legibus definitum tempus erwähnt, und das Nichterwähnen desselben in den andern Stellen erklärt sich leicht aus deren Eigenschaft als Rescripte. Dagegen liegt am Tage, daß wenn diese exc. n. n. p. jemals in Ansehung der Zeit unbeschränkt gewesen wäre, damit nichts anders gesagt gewesen seyn würde, als ein chirographum hatte eben ganz und gar keine Beweiskraft. Allein abgesehen von der innern Unwahrscheinlichkeit einer solchen Annahme haben wir von Paulus (der unter Septimius und Caracalla, also den nämlichen Kaisern lebte, von welchen die ältesten Spuren der zuletzt gedachten exc. n. n. p. herrühren) das deutlichste Zeugniß für die vollständige Beweiskraft eines schriftlichen Schuldbekenntnisses. [12]).

Es wird ferner von Lange S. 24. die exceptio Legis Anastasianae als eine solche angeführt, welcher alle Selbstständigkeit abgehen. Es ist hier nicht der Ort zu untersuchen, ob etwas und was durch Anastas unselige Verordnung zum Klaggrund bei der Geltendmachung einer cedirten Forderung hinzugefügt, was zum Gegenstand einer Einrede gemacht worden ist, ich kann mich aber auf die Bemerkung beschränken, daß der Ausdruck *exceptio* legis Anastasianae im Corpus juris nicht vorkömmt, daher auch nicht zum Beweis gebraucht werden kann, es sey Selbstständigkeit kein Merkmal einer exceptio im Sinne der Römer.

Nicht besser steht es um Lange's Beweis, daß der exc. n. ad. contr. der Character der Selbstständigkeit abgehe. Freilich ist der Satz des Beklagten:

Du Kläger hast selbst nicht geleistet,

12) L. 25. §. 4. de probat.

kein selbstständiger. Aber er ist auch nicht der eigentliche Grund der Einrede, sondern vielmehr die Behauptung:

Du hast selbst das und das zu leisten.

Sie ist ja gar nicht zu entbehren, denn ohne sie stünde das Verlangen der vorgängigen Leistung in der Luft. Daß die bisherige Nichtleistung mit behauptet wird, ist natürlich, weil sonst die Leistung nicht erst noch verlangt werden könnte. Auf gleiche Weise behauptet ja auch gewöhnlich jeder Kläger, daß der Beklagte die schuldige Leistung noch nicht bewirkt habe, und gleichwohl wird Niemand einfallen, darum den Klagen die Selbstständigkeit abzusprechen. Daß selbst die Römer den Grund jener Einrede in jene positive Behauptung setzten, ergeben die Stellen, welche die Form der Einrede am vollständigsten aufbewahrt haben:

> adversus petentem pretium exceptione uti poterit: *si ea pecunia*, qua de agitur, *non pro ea re petitur*, *quae venit*, neque tradita est.

heißt es in L. 25. de act. emt. Ferner bei Gajus IV. §. 126.

> si argentarius pretium rei, quae in auctione venierit, persequatur, objicitur ei exceptio, ut ita demum emtor damnetur, *si ei res*, *quam emerit*, *tradita sit*, quae quidem est justa exceptio.

Kann man wohl deutlicher es zu erkennen geben, daß das Wesen der Einrede in der Behauptung liege

> der Kläger habe selbst etwas zu leisten, ehe der Beklagte zu leisten verbunden sey?

Und ist diese Behauptung nicht eine vollkommen selbstständige? Wenigstens ist schlechterdings nicht abzusehen, warum diese Behauptung weniger selbstständig seyn sollte, als wenn der auf Rückgabe der deponirten Sache Belangte excipirt:

> der Kläger habe erst dem Beklagten die auf die Sache verwendeten Auslagen zu erstatten,

wo doch Niemand an dem Daseyn einer selbstständigen wahren Einrede zweifelt.

Wäre also das Beruhen auf selbstständigen Thatsachen ein characteristisches Merkmal einer wahren Einrede, so würde diese Eigenschaft der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht abzusprechen seyn. Allein abgesehen davon, daß jenem Erforderniß einer Einrede eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage ganz mangelt, ist auch leicht darzuthun, daß der Satz:

das ist eine wahre Einrede, was auf einer selbstständigen, die Klage aufhebenden Thatsache beruht,

durchaus nicht zureicht, um zu erkennen, was im concreten Fall zum Klaggrund und somit zur Beweislast des Klägers gehört, und was vom Beklagten angeführt und bewiesen werden muß. Unmöglich kann Lange unter den „die Klage aufhebenden Thatsachen“ blos solche verstehen, welche ein vollkommen entstandenes und wirksam gewordenes Klagrecht in der Folgezeit wieder zerstören, wie z. B. Zahlung, Nachlaßvertrag, Novation u. dgl., denn dann würde die Zahl der Einreden sehr klein seyn. Begreift er aber, wie es dann auch richtig ist, unter den Einreden auch solche, welche auf die Entstehung des Klagrechts oder auf seine Wirksamkeit und den Umfang seiner Folgen sich beziehen, so kommt man bei jenem Merkmal wieder zu der Frage: welche Thatsachen sind denn nun Voraussetzungen der Klagrechtsentstehung, welche Thatsachen enthalten nur Beschränkungen desselben?

Und da wird man sich bald gestehen müssen, daß die Entscheidung dieser Frage nur positiver Natur seyn kann. An sich läßt sich jede Thatsache als nothwendige Bedingung der Entstehung eines Rechts, eben so gut aber auch deren Gegensatz als Object einer Einrede denken, und eben deshalb hängt es lediglich von gesetzlicher Bestimmung ab, ob das eine oder das andere seyn soll. Es kann das Gesetz bestimmen:

Zu einer gewissen Art von Verträgen sind lediglich die und die Personen fähig.

Es kann aber eben so gut sagen:

In der Regel ist jeder fähig, den Vertrag abzuschließen, mit Ausnahme von den und den Personen.[13]) Im ersten Fall gehört es offenbar mit zum Klaggrund, daß der Kläger die Fähigkeit des Beklagten behaupte. Im zweiten Fall wird der Beklagte seine Unfähigkeit als Einrede vorschützen müssen.

Es kann bestimmt seyn:

der Legatar hat nur dann eine Klage auf den ganzen Betrag seines Vermächtnisses, wenn die Gesammtheit der Legate ¾ der Erbschaft nicht übersteigt.

Es kann aber auch, wie dies in unsern Gesetzen der Fall wirklich ist, (L. 17. de probat.) heißen:

der Erbe darf dem Legatar einen verhältnißmäßigen Abzug machen, wenn ihm kein volles ¼ übrig bleibt.

Im ersten Fall müßte der klagende Legatar das Uebrigbleiben von ¼ der Erbschaft, im letzten der Erbe den ¾ übersteigenden Betrag der Vermächtnisse behaupten und nachweisen.

So ist es wesentlich verschieden, ob es heißt:

Schenkungen unter Ehegatten, welche den Beschenkten ärmer machen, sind verboten,

oder ob es heißt:

Schenkungen unter Ehegatten sind ungültig, mit Ausnahme derer, welche den Schenker nicht ärmer machen.

Nach älterm Recht mußte der im Pflichttheil verkürzte Notherbe zur Begründung der querela inoff. test. anführen und beweisen, daß er sich pflichtmäßig gegen den Erblasser betragen habe.[14]) Constantin schon machte dagegen bei der quer. inoff. der Mutter, und Justinian auch bei der Querel aller Ascendenten und der Descendenten das Anführen und Beweisen einer Enterbungsursache zur Obliegenheit des Beklagten.[15])

13) Die Wechselordnungen bieten Belege zu dieser verschiedenen Fassung dar.

14) L. 3. 5. D. de inoff. test.

15) L. 28. C. eod. Nov. 115.

So ist bei der condictio indebiti in der Regel der Beweis der Nichtschuldigkeit zur Obliegenheit des Klägers und somit zum Klaggrund, ausnahmsweise aber auch der Beweis der Schuldigkeit zur Pflicht des Beklagten und folglich zur Einrede gemacht. [16])

Und so lassen sich unzählige Beispiele aufführen. Den sprechendsten Beweis aber, daß obige Frage rein positiver Natur sey, gibt die Einrede des nicht erfüllten Vertrags selbst. Gewiß wird jeder zugeben, und die Gesetze selbst sagen es auch [17]), daß der Tauschvertrag die größte Aehnlichkeit mit dem Kauf hat, und es wird schwerlich irgend ein triftiger Grund anzuführen seyn, warum die Bestimmung dessen, was zum Klaggrund gehöre, was Gegenstand der Einrede des Beklagten sey, schon der Sachnatur nach bei dem einen Vertrag anders seyn müsse, wie bei dem andern. Gleichwohl war beim Tausch, weil die Römer ihn einmal von dem Kreis der Consensualverträge ausgeschlossen hatten, die vorgängige Leistung des Klägers durchaus erforderlich, wenn eine obligatio des Andern überall eintreten, eine Klage entstehen sollte [18]), während sie bei dem Kauf dem Beklagten blos eine exceptio gestatteten, wenn der Kläger seiner Seits den Vertrag noch nicht erfüllt hatte.

Es unterliegt auch keinem Zweifel, daß durch neuere Rechtsnormen Aenderungen begründet, und Thatsachen zu Theilen des Klaggrundes gemacht werden können, die vorher Gegenstand von Einreden waren, und umgekehrt, wie dies letztere z. B. in Ansehung der Erfüllung von Seiten des Klägers bei den Innominatcontracten der Fall gewesen ist, seitdem durch Gewohnheitsrecht eine andere Ansicht über die verbindende Kraft der Verträge herrschend geworden ist.

Man muß daher bei der Untersuchung, was Theil des

16) L. 25. pr. §. 1. de probat.
17) L. 2. de rer. perm.
18) L. 1. §. 2. de rer. perm.

Klaggrunds, was Einrede sey, lediglich auf die Gesetze und ihre Fassung sehen. [19]) Freilich wird man dieselben gar oft undeutlich oder zweideutig finden, und dann bleibt nichts übrig, als zu Analogien seine Zuflucht zu nehmen, wobei es denn bei der Verschiedenheit der Ansichten nicht fehlen kann, daß die verschiedensten Meinungen darüber herrschen, was der Kläger, was der Beklagte anzuführen und zu beweisen habe, wie dies, um nur ein Beispiel anzuführen, bei der Lex Anastasiana, bei der hereditas petitio und in zahlreichen andern Materien leider der Fall ist. Wo aber die Gesetze sich deutlich darüber aussprechen, welcher von beiden Streittheilen auf eine Thatsache sich zu berufen hat, da muß man das nicht nur als etwas sehr erwünschtes betrachten, sondern der Jurist ist auch daran gebunden, er kann sich nicht erlauben, etwas, was die Gesetze als Einrede behandeln, zum Klaggrund zu machen, und so dem Kläger eine Last aufzubürden, von welcher ihn das Gesetz einmal freigesprochen hat.

Die Römer haben an den Begriff von exceptio die bestimmten Folgen geknüpft, daß

a) der Beklagte sich darauf ausdrücklich berufen, sie für sich geltend machen mußte, wenn er deren Berücksichtigung vom Richter erwarten wollte, und daß der Richter sie nicht ergänzen durfte, wenn auch die sie begründenden Thatsachen noch so klar vorlagen; [20])

b) daß der Excipient die zur Begründung der exceptio erforderlichen Thatsachen beweisen mußte, wenn sie nicht schon von selbst klar vorlagen. [21])

---

19) Diese Ansicht theilt auch Bethmann Hollweg Versuche über die Theorie des Processes, S. 352. 362.

20) L. 11. de SCto Maced. §. 4. J. de fidejuss. Gajus IV. 119. „Omnis quidem exceptio objicitur a reo." Für die Exceptionen, welche Rechtswohlthaten für gewisse Personen enthalten, folgt das Gesagte auch schon aus dem Satz: beneficia non obtruduntur. L. 69. de R. J.

21) L. 19. de probat. „In exceptionibus dicendum est,

Wo nun so bestimmte und wichtige rechtliche Wirkungen von einer Sache abhängen, da darf sich der Jurist doch offenbar nicht für ermächtigt halten, dieselben in einem einzelnen Fall nicht anzuerkennen und gerade das Gegentheil davon anzunehmen, wenn er sich nicht über das Gesetz erheben will. Auf der andern Seite wird man auch nicht umhin können, einzugestehen, daß einer Behauptung, mit welcher so wichtige Folgen verbunden sind, gewiß das Prädicat der Selbstständigkeit nicht abzusprechen ist.

Diese geht übrigens auch schon daraus hervor, daß die Römer die exceptio mit der actio vergleichen [22]), an deren Selbstständigkeit doch Niemand zweifeln wird. Zwar sagt Lange S. 22, diese Vergleichung trete keineswegs sehr hervor, und gerade da, wo recht ex professo von Exceptionen und ihrem Wesen die Rede sey (nämlich im Titel de exceptionibus) geschehe es nur so nebenbei, und es stehe das, schwerlich ein durchgreifendes Merkmal bezeichnende, videtur dabei. Aber ich wüßte doch in der That nicht, wie die Verfasser der Pandecten den Satz, daß die exceptio der actio im Wesentlichen ähnlich sey, deutlicher hätten kund geben sollen, als dadurch, daß sie ihn gerade an die Spitze der ganzen Lehre von den Exceptionen stellten! Das videtur kann nicht befremden, denn in allen Beziehungen läßt sich freilich die Aehnlichkeit nicht durchführen, weil ja sonst zwischen beiden gar kein Unterschied wäre, was nicht gesagt werden konnte und sollte.

III. Das heutige Recht hat im Wesentlichen in den Bestimmungen des Römischen Rechts, was zur Begründung der Klage gehört, was Gegenstand einer Einrede ist, nichts geändert.

---

reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere. L. 25. §. 2. in f. eod.

22) L. 19. cit. L. 1. de except.

Wahr ist es, daß der im alten Römischen Recht anzutreffende Gegensatz zwischen strictum jus und aequitas, welcher allerdings den ersten Anlaß zur Entstehung der Exceptionen gegeben haben mag, weggefallen ist, daß ein Vertheidigungsgrund des Beklagten, den er sonst nur vermöge besonderer Gestattung des Prätors (ope exceptionis) gebrauchen konnte, ihm nun ipso jure zusteht. Allein es ist nicht einmal streng wahr, daß exceptio nur auf den Gegensatz der Billigkeit gegen das strenge Recht beruht habe, wenigstens kann das nicht mehr von der Zeit gesagt werden, aus welcher unsere ältesten Nachrichten von dieser Lehre herrühren, denn es gab da schon Exceptionen gegen die Klagen, welche selbst nur auf Billigkeit beruhten, wie alle actiones bonae fidei, daher denn da von einem Gegensatz gegen strenges Recht nicht die Rede seyn konnte. Namentlich steht die, den Gegenstand dieser Abhandlung bildende Einrede gerade einer actio bonae fidei, der actio emti und venditi entgegen.

Eben so war der formelle Unterschied zwischen den ipso jure und ope exceptionis zustehenden Schutzmitteln, nämlich der Nothwendigkeit der Aufnahme in die formula judicii [23]), schon lang nicht mehr das characteristische Unterscheidungsmerkmal der Exceptionen, denn eben bei den action. b. fidei war es nicht nothwendig, daß die Exceptionen in die Formel aufgenommen wurden, vielmehr galt der Satz doli exceptiones (worunter bekanntlich alle Einreden begriffen waren) bonae fidei actioni insunt; oder judicium continet in se doli mali exceptionem [24]), d. h. der judex mußte auf sie Rücksicht nehmen, wenn sie auch erst in judicio nicht in jure vorgebracht wurden, und daher in der Formel nicht mit enthalten waren, was indessen gleichwohl

---

23) Donellus Comm. j. civ. L. 24. c. 2.

24) L. 3. de rescr. emt. L. 84. S. 5. de leg. I. L. 21. in f. soluto matr.

nicht schlechthin ausgeschlossen war [25]). Gleichwohl blieb der Ausdruck exceptio auch bei den b. f. judiciis im Gange, und erhielt sich, als der Unterschied zwischen magistratus und judex ganz aufgehört hatte, und eine formula judicii gar nicht mehr vorkam, welcher die exceptio in Gestalt einer Ausnahme hätte einverleibt werden können. Hieraus folgt wiederum nothwendig, daß den Exceptionen noch andere positive Eigenschaften beigelegt worden sind, denn außerdem wäre der Ausdruck ein gar nichts bezeichnender inhaltsleerer gewesen. Jene Eigenschaften können aber eben nur darin bestanden haben, daß der Beklagte sie vorschützen und erforderlichen Falls beweisen mußte, wie oben bemerkt wurde.

Freilich theilten die Exceptionen diese Eigenschaft nun mit den Vertheidigungsgründen, welche darauf beruhten, daß das Klagrecht durch ein späteres Ereigniß (Zahlung, Novation, Acceptilation, Gegenforderung) schon nach strengem Recht (ipso jure) getilgt sey. Denn auch diese konnte der Richter, wenn die begründende Thatsache von den Partheien nicht angeführt, und erforderlichen Falls bewiesen wurde, nicht beachten. [26]) Jene Aehnlichkeit hat nun ohne Zweifel die Folge gehabt, daß man den Ausdruck exceptio auch auf die zuletzt genannten Schutzmittel übertrug, und nun von einer *exceptio* solutionis, compensationis, novationis, acceptilationis sprach, welche Ausdrücke den Römern unbekannt waren.

Die juristische Praxis, besonders die neuere, ging noch weiter und schuf eine *exceptio* rei non sic sed aliter gestae, libelli inepti, obscuri, nimis generalis, deficientis fundamenti agendi, non competentis actionis etc., obschon das mit diesem Namen bezeichnete Vorbringen augenscheinlich nichts ist, als entweder Abläugnung des thatsächlichen

25) Zimmern Rechtsgesch. Bd. III. §. 63ᵃ. not. 8, 9.

26) L. 12. D. L. 1. C. de probat. Donellus comm. j. c. L. 24. c. 2.

oder Bestreitung des rechtlichen Klaggrunds und bezüglich Rüge der Mangelhaftigkeit des Klagvortrags. [27])

Sonach hat sich freilich der Begriff exceptio heutzutage etwas geändert, aber er ist nicht enger geworden, wie Lange §. 9. behauptet, sondern weiter.

Demungeachtet findet im Wesentlichen, d. h. in Ansehung der rechtlichen Folgen, welche der Richter mit den Partheivorträgen verbindet, kein Unterschied zwischen dem Römischen und heutigen Recht statt, und das, was Lange a. O. in dieser Beziehung sagt, ist nicht gegründet.

Es ist nicht richtig, daß bei dem altrömischen Verfahren eine Abweisung des Klägers wegen eines der Klage zu ihrer Begründung fehlenden Merkmals nicht statt gefunden habe. Bei dem mündlichen Verfahren konnte freilich der Prätor einen in dem ersten Vortrag des Klägers noch anzutreffenden Mangel durch sachgemäße Fragen ergänzen lassen [28]), was bei dem spätern schriftlichen Verfahren nicht füglich anging. Aber eine Klage, welcher es an einem tauglichen Grund gebrach, verwarf doch auch der Prätor sofort, ohne es zum judicium kommen zu lassen, wohl auch ohne die Rüge des Gegners abzuwarten. [29]) Es ist ferner wenigstens nicht ganz streng richtig, daß beim schriftlichen Verfahren der Richter eine Klage, der es an einem Merkmal fehlte, als unbrauchbar zur Begründung des Streits gar nicht (d. h. niemals) zulasse oder zugelassen habe. Denn wie hätten jene lediglich die Unvollständigkeit oder Unschlüssigkeit der Klage rügenden Exceptionen in Gebrauch kommen können, wenn nicht auf eine

27) Dieser Sprachgebrauch hat sogar eine gesetzliche Sanction erhalten. Denn das c. 3. X. de libelli obl. spricht schon von einer exceptio wegen eines zu allgemeinen Libells.

28) L. 3. C. de edendo. L. un. C. utquae desunt advoc.

29) L. 27. de V. O. L. 1. §. 5. de dolo. Ueberhaupt Heffter a. O. S. 278. Zimmern a. O. §. 113.

unvollständige Klage vom Richter ausgefertigt, und der Beklagte zur Vertheidigung aufgefordert worden wäre? [30])

Gewiß konnte bei den Römern, so wie bei uns, der Beklagte auch die an dem Klaganbringen zu findenden Mängel rügen [31]); aber was er in dieser Beziehung vorbrachte, fiel nicht unter den Begriff von exceptio, s. oben I., so wie heutzutage der Richter solche Rügen, wären sie auch unter dem Namen einer Einrede vorgetragen, lediglich zum Gegenstand seiner Reflexion macht, und selbst Amtshalber ergänzen muß, während er selbstständige Behauptungen, welche nach gesetzlicher Vorschrift einen Angriff des Beklagten bilden, sollten die sie begründenden Thatsachen auch klar vorliegen, doch nicht ergänzt [32]), sondern deren Geltendmachung vom Beklagten erwartet, und deren Beweis von ihm fordert, wenn sie eines solchen noch bedürfen.

Und so ist denn freilich jetzt ein Unterschied zwischen wahren Einreden und solchen, die es nicht sind, ein Unterschied, der den Römern nicht bekannt war. Man kann nun eine wahre Einrede so definiren, daß sie eine Behauptung sey, welche der Beklagte anführen und deren thatsächliche Grundlage er beweisen müsse [33]).

Was aber heutzutage für eine wahre Einrede in diesem Sinn zu halten sey, das kann doch nicht anders als aus den gesetzlichen Bestimmungen und Analogien beurtheilt, und namentlich muß Alles dahin gezählt werden, was die Römer

---

30) Es beweist das auch das c. 3. X. de lib. obl.

31) Heffter a. O. S. 96. Zimmern a. O. §. 91.

32) Linde a. O. §. 160. und die daselbst angeführten. Wenigstens ist das in Ansehung aller Einreden, die der Verjährung nicht ausgenommen, für die richtigere Meinung zu halten.

33) Manche Rechtslehrer beschränken freilich den Begriff der wahren Exceptionen noch jetzt auf die von den Römern dahin gerechneten Fälle. Bethmann Hollweg Vers. S. 369. fg.

zur exceptio gestempelt haben, eben aus dem Grunde, weil nach dem Obigen damit zugleich die Nothwendigkeit ausgesprochen ist, daß der Beklagte jene Behauptung anführen und beweisen müsse. Denn kein neueres Gesetz hat ein abänderndes durchgreifendes Princip aufgestellt, woraus das, was zum Klaggrund, was zur Einrede gehöre, erkannt werden könne.

IV. Ich gebe zu, daß der Ausdruck retinere einen weiten Umfang hat, und daß der eingeschränkte Begriff, den die Rechtslehrer von Retentionsrecht als einer gegen eine vollkommen begründete Klage vorzuschützenden Einrede gebildet haben, auf Gesetzen nicht beruht, daß daher aus dem bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags gebrauchten Ausdruck retinere ein directer Beweis für meine Theorie nicht zu entnehmen sey. Allein ich habe [34]) mich auf das Retentionsrecht auch hauptsächlich in der Hinsicht berufen, um zu zeigen, daß es noch mehrere Rechtsbehelfe gebe, wodurch der Beklagte die Durchsetzung einer gegen ihn angestellten Klage hemmen und eine Zeitlang aufschieben könne, ohne daß man daraus auf einen Mangel des Klaggrunds schließen, und dem Rechtsbehelf die Natur und Folgen einer wahren Einrede absprechen dürfe, daß daher jenes ähnlichen Zwecks und Erfolgs wegen, nicht sofort die Einrede des nicht erfüllten Vertrags lediglich als eine Rüge eines mangelhaften Klagvortrags betrachtet werden könne. Dies Argument steht noch unerschüttert da, und wenn Lange S. 44. das Retentionsrecht ob non impletum contractum von dem Retentionsrecht des mit einer Vindication Belangten wegen gemachter Auslagen, darum wesentlich verschieden, und meine Vergleichung beider unbegreiflich findet, weil das letztere auf eine von dem Klaggrund verschiedene Thatsache sich gründe, während das erstere die Behauptung enthalte, eine Klage sey noch gar nicht vorhanden, so ist das offenbar eine petitio

34) Archiv a. O. S. 341. 342.

principii, denn diese Eigenschaft des Retentionsrechts ob non impletum contractum wird ja eben von mir geläugnet.

V. Es ist ganz unerwiesen und unerweislich, daß die vorgängige Leistung von Seiten des klagenden Contrahenten eine conditio tacita im Sinne der Römer bilde. Conditiones tacitae waren den Römern solche Thatsachen, welche der Natur der Sache nach nothwendig vorausgehen mußten, wenn ein Recht entstehen sollte. So wurde der heres voluntarius nicht eher Erbe, bis er seinen Willen, es zu werden, auf irgend eine Weise erklärt hatte. So war es eine conditio tacita jedes Legats, daß die Erbschaft angetreten werde, weil es außerdem keine Person gab, welche als verpflichtet dastand, so war das Vermächtniß ejus, quod ex Arescusa natum fuerit, dadurch bedingt, daß die Arescusa auch etwas zur Welt bringe [35].

Welche Aehnlichkeit hat nun das dem beklagten Contrahenten gegebene Recht, vor seiner Leistung die Gegenleistung zu verlangen, mit jenen conditionibus tacitis? Ist das Forderungsrecht seines Gegners, seine Verbindlichkeit noch gar nicht ins Daseyn getreten? Gajus [36]) antwortet uns:

> Emtio venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit;

und Justinian [37])

> Ideo autem istis modis obligatio dicitur, consensu contrahi, quia . . . . nec dari quicquam necesse est, ut *substantiam capiat obligatio.*

Ist aber eine vollkommene Verbindlichkeit da, so ist auch ein ihr entsprechendes Klagrecht da, denn an eine obligatio

35) L. 12. de cond. inst. L. 3. de legat. I. L. 107. de cond. et dem. L. 22. §. 1. L. 25. §. 1. quando dies leg.

36) Comm. III. §. 139.

37) §. 1. J. de oblig. ex consensu.

naturalis wird man doch bei einem Consensualcontract nicht denken wollen. Aber, entgegnet Lange, die Gesetze sagen doch, daß bei allen zweiseitigen Verträgen Beklagter, wenn Kläger nicht seiner Seits geleistet habe, seine Leistung zurückhalten dürfe. Richtig, aber die Gesetze sagen auch, daß der Commodatar, der Depositar, der Pfandgläubiger, der Ehemann u. s. w. die geliehene, hinterlegte, verpfändete, zur dos gegebene Sache zurückbehalten darf, bis der Commodant, Deponant, Verpfänder, die Ehefrau die auf die Sachen gemachten Verwendungen ersetzt hat [38]. Haben die letztern darum noch gar kein Klagrecht? Die Gesetze verlangen auch, daß der, dem ein Nießbrauch vermacht ist, und jeder Legatar, dessen Legat möglicherweise einem Abzug unterworfen seyn kann, erst Caution stellen soll, ehe er die Einräumung der res fructuaria, der vermachten Sache verlangen darf [39]. Ist darum die Cautionsbestellung eine nothwendige Voraussetzung der actio confessoria, und der Klage auf das Legat?

Folgt nun in dem einen Fall aus der bloßen Zurückhaltungsbefugniß nicht, daß die Klage des Gegners noch gar nicht begründet, gar nicht nata sey, so läßt sich auch in dem andern Fall dieser Schluß nicht rechtfertigen, und die Behauptung Lange's S. 47,

> daß die vorgängige Leistung als eine (gesetzliche) Bedingung jedem aus zweiseitigen Verträgen entstehenden Klagrecht hinzutrete,

steht wiederum als eine reine petitio principii da.

VI. Es kann nicht zugegeben werden, daß die Angabe einer Rechtsverletzung ein wesentlicher Theil des Klaggrundes sey, und ich frage mit Recht, wodurch dieser Satz bewiesen wird. Lange S. 50. verweis't auf Linde's

38) L. 18. §. f. comm. L. 59. de furt. L. 8. de pign. act. L. 5. pr. de imp. in rem dat.

39) L. 13. pr. de usufr. L. 1. §. 7. si cui plus, quam per L. Falc.

Lehrbuch des Processes §. 152, Danz ord. Proc. §. 70. und Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer, S. 193.

Danz sagt nun zwar, daß man nach Angabe des Klaggrunds (also rechnet er das folgende nicht zum Klaggrund) im Libell anführe, daß der Beklagte in mora sey, allein er sagt nicht, daß man es thun müsse; Linde a. a. O. behauptet das zwar, allein die von ihm und Danz angeführten Gesetze beweisen es nicht, denn L. 79. de jud. sagt blos, daß der *temere* litigans dem Gegner die Kosten ersetzen müsse, L. 10. C. de pign. gibt den Rath, die persönliche Klage der Pfandklage vorausgehen zu lassen [40], und L. 15. de doli exc. beweis't sogar das Gegentheil, indem sie dem mit der actio judicati Belangten die *exceptio* doli gibt, wenn er bereit ist, seiner Verbindlichkeit nachzukommen, woraus klar hervorgeht, daß die der Nichtbereitwilligkeit keine Voraussetzung des Klagrechts, mithin auch deren namentliche Anführung kein Erforderniß des Libells seyn kann. Darum führen bewährte Proceßlehrer [41]) sie unter den zu einem tüchtigen Klagschreiben gehörigen Stücken nicht auf. Burchardi a. a. O. sagt allerdings, jedes Klagrecht setze eine Verletzung eines der Klage zum Grund liegenden Rechts voraus. Nun muß freilich jeder Kläger sich über eine Verletzung eines Rechts beschweren, denn eine Klage, in welcher der Kläger anführte, daß der Beklagte allen seinen Obliegenheiten nachgekommen sey, wäre ein sich selbst widerspre-

---

40) s. Perez ad Cod. eod. tit. n. 13. Die denunciationes, die in dieser Stelle vorkommen, bedeuten nicht die interpellatio, wie Lange S. 6. not. 5. zu glauben scheint, sondern beziehen sich auf die unter den spätern Kaisern statt der alten in jus vocatio neu eingeführte Proceßform. L. 7. 9. C. quo modo et quando jud. — Heffter Instit. S. 287. fgg. Zimmern Rechtsgesch. B. III. §. 143.

41) Martin Lehrb. §. 133 – 139. — Grolmann Theorie §. 165. fg.

chendes unsinniges Beginnen. So muß sich auch am Ende des Rechtsstreits eine Rechtsverletzung herauswerfen, wenn die Klage für den Kläger von Erfolg seyn soll.

Aber es ist doch augenscheinlich etwas anderes das, was zuletzt nothwendig ist, um den Beklagten zu verurtheilen, und das, was zur gerichtlichen Anbringung einer Klage erfordert wird, d. h. dazu, daß eine Klage für sich betrachtet als mit den Rechtsnormen übereinstimmend und zur Annahme und rechtlichen Verfügung von Seiten des Gerichts geeignet erscheine. Nur das letzte, wie Lange selbst S. 48. 49. sagt, bildet den Klaggrund, und dazu gehört nichts weiter, als daß die vorgetragenen Thatsachen an sich genügend sind, das Verlangen des Klägers zu rechtfertigen. Dazu ist das wirkliche Daseyn einer Rechtsverletzung nicht nothwendig, man müßte sonst auch behaupten, daß es einer Klage am gehörigen Klaggrund gebreche, wenn der Beklagte eine gleich große Gegenforderung entgegensetze. Denn da durch eine solche die Forderung schon getilgt war, so war auch keine Rechtsverletzung mehr vorhanden. Hieraus würde mit logischer Strenge folgen, daß es zum Klaggrund mit gehöre zu behaupten, es sey der Klaganspruch auch durch kein weiteres Ereigniß aufgehoben, und doch wäre das entschieden falsch.

Wäre es ferner wahr, daß die Behauptung einer Rechtsverletzung ein Bestandtheil des Klaggrunds sey, so müßte der Kläger im Läugnungsfall das Daseyn der Rechtsverletzung beweisen; denn darüber ist man allgemein einverstanden, daß alle zum Klaggrund erforderlichen Thatsachen bewiesen werden müssen. Worin besteht nun die eigentliche Rechtsverletzung? Lange selbst S. 50. antwortet:

> Darin, daß der Beklagte seiner Verbindlichkeit in der gehörigen Zeit nicht nachkömmt.

Das müßte also bewiesen werden! Nun fällt es aber in die Augen, daß die Nichtleistung durch den Beweis von Umständen, die einen Verzug bewirken können, z. B. Mah-

nung, nicht bewiesen wird. Der Mahnung ungeachtet kann der Beklagte schon vorher oder auch nachher bezahlt haben, es müßte also jene Negative auf andere Art bewiesen werden. Daß aber der Kläger jene Negative gar nicht zu beweisen brauche, ist ja ein eben so allgemein anerkannter als gesetzlich [42]) begründeter Satz. Braucht er sie aber nicht zu erweisen, so kann sie auch nicht zum Klaggrund gehören!

Es ist aber auch das nicht einmal wahr, daß das Daseyn einer mora des Beklagten durch Interpellation oder andere sie vertretende Thatsachen zu den wesentlichen Voraussetzungen jeder Klage und die Behauptung derselben zu den wesentlichen Erfordernissen eines Libells gehöre. Wo ist das vorgeschrieben? Lange beruft sich S. 6 Anm. 3. auf L. 13, 14, 62, de judiciis. Aber in diesen Stellen steht auch nicht eine Sylbe von jenem Erforderniß, und die angeführten Rechtslehrer, mit Ausnahme von Linde, sagen weiter nichts, als daß ein Streit vorhanden seyn müsse, wenn ein Proceß entstehen solle, was sich denn freilich ganz von selbst versteht. Linde §. 152. not. 8. behauptet jenen Satz, führt aber zum Beweis nur die L. 10. C. de pign. an, deren eigentlicher hierher nicht zu beziehender Sinn schon oben Anm. 31. nachgewiesen worden ist.

Ganz unvereinbarlich mit jener Behauptung ist aber die klare Vorschrift L. 41. §. 1. de V. O. und der L. 14. de R. J.

> In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, *praesenti die debetur;*

und der noch bestimmtere Ausspruch in § 2. J. de V. O.

> Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti quinque aureos dare spondes? *idque confestim peti potest.*

Da ist von keiner Mahnung die Rede, sondern es soll sofort geklagt werden können. Mich dünkt, klarer könne nicht wohl

42) L. 1. C. de probat. L. 12. D. eod.

etwas seyn. Werden freilich auf den Verzug des Beklagten besondere Forderungen gegründet, z. B. von Verzugszinsen, dann gehört natürlich der Verzug nothwendig mit zum Klaggrund, aber wer sieht nicht, daß das ein vom vorigen ganz verschiedener Fall ist?

Endlich dürfte auch die von Lange S. 12. 13. 51. nach Thibaut [43]) aufgestellte Behauptung,

> daß bei zweiseitigen Verträgen durch die Erfüllung von Seiten des einen Theils der andere sofort in mora versetzt werde,

aus den Gesetzen sich schwerlich rechtfertigen lassen. Die L. 13. §. 19 20 de act. emti gibt als Grund der Zinsen, die der Käufer nach übergebener Sache vom Kaufgeld zahlen soll, keineswegs den Verzug, sondern die Billigkeitsrücksicht an, daß der Käufer nicht rem et pretium zugleich benutzen solle. Die L. 47. eod. spricht eines Theils gar nicht von Zinsen des rückständigen Kaufgelds, anderntheils hat sie einen Fall zum Gegenstand, wo eine bestimmte Zeit zur Erfüllung verabredet war, also mora ex re eintrat.

L. 5. C. eod. sagt sogar, daß die Zinspflicht eintrete, *licet nulla mora intercessit*, [44]) gibt also recht deutlich zu erkennen, daß nicht der Verzug die Verbindlichkeit zu diesen Zinsen herbeiführe. Eben so klar spricht die von Thibaut [45]) angezogene L. 5. §. 1. praescr. verb. gegen seine und Lange's Behauptung, indem sie mit den Worten

> Sed si tibi scyphos dedi, ut stichum mihi dares, periculo *meo* stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes,

die Gefahr nicht denjenigen tragen läßt, der seine Leistung nach empfangener Gegenleistung zurückhält, sondern denjeni-

---

43) System S. 105.

44) Warum sind wohl diese Worte bei dem Abdruck der Stelle §. 4. not. 2. der Langeschen Schrift weggelassen?

45) §. 105. not. z.

gen, der geleistet hat, obschon bekanntlich der Uebergang der Gefahr auf den Säumigen eine der vorzüglichsten Wirkungen des Verzugs ist.

So glaube ich meine Theorie gegen den Angriff Lange's gerechtfertigt zu haben. Ich übergehe die Folgerungen, die Lange §. 16. 17. aus seiner Theorie zieht, da sich — die Richtigkeit der letztern vorausgesetzt — gegen die erstern nichts sagen läßt, eben so wie die von mir [46]) aufgestellten Folgesätze gewiß von Niemand werden bestritten werden, der meine Ansicht als richtig anerkennt. Aber es dürfte nicht unzweckmäßig seyn, die Sätze übersichtlich zusammenzustellen, auf welche meine Theorie sich gründet. Es sind folgende:

a) Zum Klaggrund gehört nichts weiter, als was die Gesetze dazu erfordern, daß eine vollkommene obligatio des Beklagten entstehe. Archiv Bd. VII. S. 340.

b) Die Gesetze erfordern nicht zur Entstehung der obligatio bei zweiseitigen Verträgen, daß der Klagende seinerseits erfüllt habe. Ebendas. S. 341. L. 1. §. 2. de rer. permut. §. 1. J. de obl. ex cons. Gajus IV. §. 119.

c) Sie erkennen vielmehr die Behauptung, daß er nicht erfüllt habe und erst erfüllen müsse, als einen Gegenstand einer exceptio an. Ebendas. S. 343.
L. 25. de act. emti. L. 5. C. de evict. L. 5. §. 4. de doli exc. Gajus IV. 126.

d) Der Charakter jeder exceptio ist der, daß sie vom Beklagten vorgeschützt, und wo nöthig erwiesen werden muß. Oben unter II. Gajus IV. 119.

e) Wenn in L. 13. §. 8. de act. emti gesagt ist: nondum est ex emto actio (nämlich: si pretium non

46) a. O. S. 348. fgg.

est solutum), so bezieht sich das auf die alt-römische Proceßform, wo der Prätor erst nach vorläufiger Verhandlung der Partheien eine actio gab, und zur weitern Verhandlung vor dem judex verwies, hingegen die actio versagte, sobald vom Beklagten dilatorische oder sogar auch peremtorische Einreden vorgeschützt und sofort liquid gemacht wurden. S. 344. 345. L. 13. pr. de usufr. L. 1. §. 7. si cui plus quam per leg. Falc. L. 7. pr. L. 9. §. 5. de jurejur. Heffter Instit. S. 278. fg. Zimmern a. O. §. 95.

f) Das heutige Recht hat das Wesen und die rechtlichen Folgen der exceptio nicht geändert. Oben III.

X.

Ueber Pfand-Separatisten.

Von Thibaut.

Ich habe in meinen civilistischen Abhandlungen [1]) auszuführen gesucht, daß es falsch sey, wenn unsre mehrsten Practiker bisher behaupteten, zufolge des Grundsatzes, daß jura quaesita nicht verletzt werden dürfen, könne jeder einfache Pfandgläubiger die, ihm von dem Vorgänger des Gemeinschuldners verpfändeten Sachen aus dem Concurse des letzten jure separationis an sich ziehen, und brauche also auch den privilegirten Pfandgläubigern des Gemeinschuldners auf keinen Fall einen Vorrang zu gestatten. Mein Hauptgrund war: Der nachfolgende Erwerber einer Sache hat in der

1) S. 311 — 316.